

死の概念と脳死説

早稲田大学刑事法学会

一 序 説——課題設定——

法的概念は、それが幸運な確定の時期を迎えた時点から、既に変容への歩みをたどり始めたともいえる。それは、法的概念にとって避けがたい運命なのであろう。そして、法的概念の変容の契機は、その概念と社会的現実生活との相互作用のうちに存することは、既に指摘されているところである。

生命現象の終着点としての死の法的概念もその例外ではなく、再検討の時期を迎えている。生命とは、絶対不可侵の神聖な価値なのか、それとも、ある場合には一定の譲歩を忍受せざるをえない相対的な価値なのか。生、その裏面としての死は、我々にとって自己の存在規定に関わる根源的な問題であり、論者の生命観、人生観、倫理観とも深く結びついているために、単に法的領域にとどまらず、医学界はじめ宗教界など、様々な分野の人々の興味と関心の対象となっている。

死の概念と脳死説

さて、本報告は、次の四点を主な柱とし、死の法的概念についての現状を把握しようとするものである。

- ① 死の（法的）概念の再検討を促した誘因を摘出すること。
- ② 死の（法的）概念を論ずる前提として、医学上の知見を確認すること。
- ③ 新たに主張されている死の法的概念の特色を分析すること。
- ④ 死の法的概念を論議するための段階的諸相を分析すること。

二 死の法的概念の再検討

既に指摘されているように、死とは何か、何をもって死と判定するかについて直接規定した法文は存在しない（唄孝一「死の『定義』と死の『認定』」順天堂医学一六巻一号（一九七〇年）一〇三—一五頁、同『死亡』と『死体』についての覚え書（一）

ジュリスト四八三号（一九七一年）一〇九—一一頁）。このことが、死の概念の再検討を促すこととなった遠因といってもよいであろうが、しかし、むしろ重要なのは、医学界からの問題提起である。第一は、臓器移植の領域からの問題提起であり、これは、死の概念の再検討を促すこととなった直接的誘因と考えられる。第二は、生命維持装置の領域からの、とりわけ、植物状態患者を念頭においての問題提起であり、これは、間接的誘因と考えられる。

（一）臓器移植からの問題提起

一九八四年五月六日付新聞は、日本全国から手術資金カンパと励ましを受けて、四月四日に渡米していた心臓病患者（肥大型特発性心筋症）牧野太平氏（四一）が、四日午前二時からサンフランシスコ郊外にあるスタンフォード大学医療センターで心臓移植手術を受け、一九六八年八月八日、札幌医大で心臓移植を受け、八三日後に死亡した宮崎信夫君（一八）に次いで、日本人としては心臓移植手術を受けた二人目になる、と報じている。

さらに、一九八四年九月二六日、筑波大学病院で行われた我が国初の脾臓と腎臓の同時移植手術で、東大の若手医師や評論家など一七人が、一九八五年二月一二日午後、同手術を担当した筑波大の三名の医師を、殺人罪、死体損壊罪などで東京地検

に告発した。いわゆる脳死状態にあるものの、心臓が拍動し生存している患者から臓器を摘出し死に至らしたのは殺人罪にあたり、仮に摘出時点で死亡していたとしても死体損壊罪にあたる、というのが告発の理由であるが、死の判定がからんだ臓器移植の刑事告発は、和田心臓移植事件（不起訴処分）以来のことである、と報じられている（詳細については、朝日新聞取材班『どうする移植医療』（朝日ブックレット53・一九八五年）二一七頁参照）。

このような臓器移植、特に心臓移植は、人間の生命を直接メスの対象とし、短時間ではあっても、生命の意識的な切断を技術として計算に入れてなされている。しかも、そこでは、死にゆく者の臓器を活用して他の者の生命を活かしていくという微妙な葛藤状況が招来されているのである。実際、移植に使用される臓器は新鮮なほど望ましく、できるだけ早期に臓器提供者から摘出して移植したほうが生着率が高いとされる。この微妙な葛藤状況を左右するのが死の概念であり、死の概念をどのようにに規定するかによって、臓器移植の方向が決定されてくるのである。

（二）生命維持装置からの問題提起

患者監視装置、人工呼吸器、人工心肺装置、心臓ペースメーカー、人工透析装置など、人工的な生命維持装置の開発・進歩

にはめざましいものがある。これら人工的な生命維持装置の開発・進歩は、人間の生命を維持し、健康の回復や身体の完全性を実現する機会と可能性を増大させている。しかし、他方では、回復の見込みのない病者に人工的な生命維持装置を徒らに施用するという悲惨をも生み出している。患者本人やその家族、そして、治療義務との狭間で悩む医師の側からは、無益な人工延命装置を施用するのは医師の義務ではなく、それは逆って患者の人格を損なうものであり、むしろ患者には安楽で尊厳ある死を迎えさせてやるべきだとの要求が出されているのである。

これらは、特に末期状態にある患者を念頭において提起されている問題であり、具体的には、患者の側から、尊厳死の権利(right to die with dignity)の主張、すなわち、回復の見込みのない患者に無益な人工延命装置を施用するのを中止し、患者には人間として尊厳ある死を自然に迎えることの権利があるとの主張がなされており、その一つの表現が治療の拒絶・中断に関する事前の意思(living will)の有効性の問題であり、また、ここには、生命維持装置の取外し時期の問題も絡んでくる。

三 医学上の知見

ここで、死の概念に関する新しい主張を理解するために、医学上の知見を確認しておきたい。

死の概念と脳死説

(一) 生命現象と死

1 生命の全体性

脳、心臓および肺臓という主要な臓器においては、生命現象、およびその終着点としての死を認知することは比較的容易である。というのは、これらの臓器は、生命現象について能動的機能を果たしているからである。これに対して、主要な臓器を結びつけている血液、血管、末梢神経においては、それらが生命現象について受動的機能を果たしているにすぎないために、生命現象、およびその終着点としての死を認知することがむずかしい。脳、心臓および肺臓が個体の死を確認する際に重要な判定基準とされる理由はこの点にある。しかし、注意しなければならぬのは、脳・心臓・肺臓という主要な臓器も、「生命の全体性」を確認するための窓にすぎないということである。

錫谷徹教授は、この「生命の全体性」と死の概念の関係について、次のように叙述する。すなわち、生命の維持に必要なエネルギー源、特に、個体を構成するすべての細胞に共通して必要な酸素の摂取分配は、肺と心臓と脳の機能によって行われ、この三つの臓器は互いに支持し合い干渉し合って結びついていて単独では存在しえない。三つのものがそれぞれ相互に結び合う関係になるのは、その三つのものが一の環を形成することである。

ある。この環の存在こそが個体としての生命現象である。つまり、肺・心臓・脳の機能が三つとも揃って存在し、しかも、この三つの機能が血液・血管・神経で連結しているのが、「生命の環」であり、個体レベルの生命である。したがって、個体レベルの死とは個体レベルの生命の消えることであり、肺・心臓・脳の臓器の部分、または、肺・心臓・脳を連絡する部分が切れることによって、生命の環が切れて環でなくなることである。これが個体死の概念であり、定義として表現すれば、「肺・心臓・脳のうち、いずれか一つの永久的（不可逆的）機能停止が個体の死である」ということになる（錫谷徹「死の判定に関する私見」日本医事新報三〇二二号（一九八二年）四三―四五頁）。従来から何となく習慣的に、いわゆる死の判定基準と定義に使われている「肺および心臓および脳の機能停止、および多種類の死体現象の認知」というその「および」は、実は死を確認するための基準であって、死の定義としては、「いずれか一つ」で十分であり、いずれか一つが永久的に機能停止した最初の時が個体の死である（錫谷徹「脳死と個体死」日本医事新報三一三二号（一九八四年）五三―五四頁）。

現在、生命維持装置等の発達により、主要臓器を窓として生命現象を看取することの妥当性が揺らいでいるのは確かである。しかし、生命現象およびその終焉としての死を個体レベル

で、つまり、個体の生命の全体性というレベルで把握しようとする点は、依然として変わっていないし、また、変わるべきではないように思われる。

2 脳の働きと特性

故時実利彦教授（時実利彦『生命の尊厳を求めて』（一九七五年）、同『脳を育てる』（一九八五年））および倉本進賢教授（倉本進賢『頭部外傷』半田肇外『看護のための脳神経外科』（一九八一年）一五―二三頁）の叙述を参考に、脳の働きと特性を確認しておきたい。

人間の中樞神経は大きく分けて、①脳幹・脊髄系、②大脳辺縁皮質系、③新皮質系に区分される。大脳辺縁皮質系と新皮質系とを併わせて大脳皮質系という。①脳幹・脊髄系は、反射活動と調節（統合）作用によって生命の維持・保障を営む座であり、標語的には、「生きている」ための座である。②大脳辺縁皮質系は、本能行動（個体維持）と適応行動（種族維持）をつかさどり、自律機能の統御調節や生物学的欲求行動の発想を営む座であり、標語的には、本能的に・習慣的に「たくましく生きてゆく」ための座である。そして、③新皮質系は、適応行動と創造行動をつかさどり、行動の発想と発現や、意志・知性・理性・思考等のいわば知・情・意の座であり、標語的には、経験的に・価値的に「より上手に、より有意義に生きてゆく」ため

の座であり、しばしば個性の座と呼ばれる。

ちなみに、脳は全身拍出量（全血流量）の一五・〇％の流量であり、酸素消費量は全身の消費量の二〇～二五％と、その重量の割合（体重の二・五％）に比して多い。つまり、脳は酸素を多量に摂取する必要のある器官であって、酸素欠乏が生じた場合には、五分ほどで大脳皮質→間脳→中脳と損傷をきたし、二〇分以上の酸素欠乏が生じると、延髄→骨髄に対して破壊的衝撃となりうる。また、脳は含水量が高く（二〇歳の人で七七・五％）、いわばトウフ様の臓器であるため、外力により損傷しやすく、また脳浮腫をきたしやすい。

さて、生命の中核である脳のうち、脳幹・脊髄系以上の脳が死滅するのが脳死の状態であり、脳幹・脊髄系だけが生きていて、それより上位の大脳辺縁皮質系や新皮質系、つまり、大脳皮質が損傷された状態が植物状態である。

3 死のレベル

生命の形態的基盤のレベルを大きく分けると、①細胞レベル、②臓器（組織）レベル、および、③個体レベルになる。細胞から臓器（組織）へ、臓器（組織）から個体へとレベルが移行するにしがたい、その機能も不連続的に変化する。というのは、機能のまったく異なる数種類の細胞が集合して形成された臓器（組織）は、それを構成している各々の細胞のいずれの機

能とも異なる機能を果たしており、また、数種類の臓器（組織）が集合して形成された個体は、いずれの臓器（組織）ともまったく異なる機能を果たしているからである。その結果、一般に医学界では、生命の形態的基盤の三つのレベルに対応して、死のレベルを、①細胞レベルの死、②臓器（組織）レベルの死、そして、③個体レベルの死に区分している。このように死のレベルを区分する意味は、生きている個体は常にその内部に幾つかの死んだ細胞を持ち、また、時として死んだ臓器（組織）を持つことがある、という事実を合理的に説明しようという点にある。

さて、ここで、臓器（組織）レベルの死と個体レベルの死との関係について略述しておきたい。臓器（組織）レベルの死は、その継起過程に依拠して、心臓死、肺臓死、および、脳死に分けられる。初めに心拍動が停止し、その後に脳機能が停止し、呼吸が停止し、その段階で個体死にいたり全死となるのが心臓死である。初めに呼吸が停止し、その後に脳機能が停止し、心拍動が停止し、その段階で個体死にいたり全死となるのが肺臓死である。また、脳機能がまず停止し、その後に呼吸の停止、血圧降下が生じ、心拍動が停止し、その段階で個体死にいたり全死となるのが脳死である。

このように、生物学的には、死はいわば継起過程（プロセス）

として生じているのである。つまり、生物学的に生から死への移行は、瞬間的に生じる点としてではなく、過程的な連続線として生じていることに注意する必要がある。

4 死の判定方法

現在、法医学では、死の医学的認識の標識は、心拍動停止、呼吸停止、瞳孔散大（対光反射消失）という死の不確徴と、死後硬直、死斑等の死の確徴との二段階に分けられている（赤石英「法医学からみた『死』の問題」内科二三巻五号（一九六九年）八六一頁以下参照）。

この点と関連して指摘しておかなければならないのは、まず第一に、従来医学界においても刑法学界においても有力な死の判定基準とされてきた三徴候説に關してである。医学実務においてこの三徴候説が一般的承認を得てきたのは、既に述べた通り、三徴候による死の確定が比較的容易であるという技術的理由によるだけではなく、この説が、三徴候を主徴としながら、あくまでも個体レベルの死を把握しようとしていると考えられているからである。つまり、三徴候説が、心臓、肺臓、脳という主要臓器を窓として、全体としての生命現象の終結を確認しようとする目的に合致した基準を提供しているからである。換言すれば、三徴候のうち心拍動停止は心臓を中心とした循環系の機能停止を、呼吸停止は延髄の呼吸中枢を中心とした呼吸系

の機能停止を、そして、瞳孔散大（対光反射消失）は大脳神経細胞の機能停止、つまり、脳機能の停止を徴表しているのである。次に第二に、法律上、死亡時刻の認定は、従来、死後硬直、死斑等の死の確徴の認められる死体検案の時刻によるものではなく、死の不確徴による死亡認定に基づいてなされているということである。ただ、埋葬は死亡の確認にとって必要な死後硬直、死斑等の確徴を認めうる二四時間後に行うように定められているが、この二四時間の埋葬禁止は、右の三徴候が医学的に不可逆であることの証明に必要な時間という性格を有しているのである。

(一) 植物状態と脳死

1 植物状態

植物状態患者について、一九七二年、日本脳神経外科学会の植物状態患者研究協議会は、「useful life」を送っていた人が脳損傷を受けた後に以下に述べる六項目を満たすような状態に陥り、種々の治療に頑強に抵抗し、ほとんど改善がみられないまま満三ヵ月以上経過したもの」との定義を示し、その六項目として次のものをあげている。

- ①自力移動不可能。
- ②自力摂食不可能。
- ③尿管失禁状態にある。

④たとえ声は出しても意味のある発語は不可能。

⑤「眼を開け」「手を握れ」などの簡単な命令にはかろうじて応ずることもあるが、それ以上の意志の疎通が不可能。

⑥眼球はかろうじて物を追っても認識はできない。

植物状態は、意識障害の一種であって、意識を維持、調節している脳幹網様体と視床下部およびそれに影響を受けている大脳半球が広範囲に障害を受けることにより発現するものである。これは、脳に発生した病変の進行または回復が一応停止し、継続的に意識障害が残存している場合であり、長期にわたって周囲との間に意志の疎通が阻害されている状態である。

臨床症状を簡条書きに指摘すると、次のようになる。

①一日中寝たきりであるが、睡眠、覚醒のリズムはある。

②外部刺激などにより、または自然に、四肢を多少動かす位の体動はあるが、それ以上の運動はできない。

③食餌の咀嚼やくや嚥下は可能であっても必要量は摂取できない。

④尿は失禁状態にある。

⑤軽症例では時には表情があったり、一定方向を注視したりする。

⑥呼吸、脈拍、血圧、体温、発汗、消化などは大体において正常である。

死の概念と脳死説

①脳波が長時間平坦化することはない。

右のような植物状態は、次に述べる脳死とは異なることに注意する必要がある（植物状態患者の定義および実態については、北村勝俊Ⅱ木下和夫「九州における植物状態患者の調査」日本医事新報二六八五号（一九七五年）三一頁以下、鈴木二郎Ⅱ児玉南海雄「我が国脳神経外科における植物状態患者の実態」日本医事新報二六二二号（一九七四年）一三頁以下、同「植物状態患者の社会的背景と今後の問題」神経研究の進歩二〇巻五号（一九七六年）九五七頁以下、鈴木二郎外「植物状態患者」神経研究の進歩二二巻四号（一九七八年）九〇一頁以下、福岡誠之「植物状態について」日本医事新報二七二四号（一九七六年）二五頁以下、同「植物状態患者」病院三七巻八号（一九七八年）六四八頁以下参照）。

2 脳死

一九六八年一〇月、日本脳波学会（後の日本脳波筋電図学会）の「脳死と脳波に関する委員会（委員長Ⅱ時実利彦）」は、第一回委員会の決定として、

①脳死とは、回復不可能な脳機能の喪失である。

②脳機能には、大脳半球のみでなく、脳幹の機能も含まれる。

③大脳半球の機能喪失の判定は脳波が有用であるが、その方

法と回復不可能性の決定については今後の検討を要する。

④現時点では、脳波だけから脳幹の機能をうかがうのは困難であり、今後の検討を要する。

との事項が確認された。また、右の③を検討する小委員会（植木幸明小委員会）と④を検討する小委員会（藤森聞一小委員会）とが作られた（時実利彦「脳死と脳波に関する委員会」中間報告」日本医事新報二三五八号（一九六九年）一〇六頁参照）。

植木小委員会は、一九七四年一月に、検討結果を公表している。そこにおいて『結論』として提示されている、脳の急性一次性粗大病変の際の脳死の判定基準は、次の通りである。

- ① 深昏睡。
- ② 両側瞳孔散大、対光反射および角膜反射の消失。
- ③ 自発呼吸停止。
- ④ 急激な血圧降下とそれにひきつづく低血圧。
- ⑤ 平坦脳波。
- ⑥ 以上①～⑤の条件が揃った時点より、六時間後まで継続的にこれらの条件が満たされている。

参考条件として non-filling angiogram.（植木幸明「脳の急性一次性粗大病変における『脳死』の判定基準」日本医事新報二六三六号（一九七四年）三四頁参照）

また、藤森小委員会は、半田肇研究班のメンバーとの協力によって、一九七三年一二月に、研究報告を公けにしたが、その『結び』で次のように要約している。

「全般をまとめると脳死における『脳機能の喪失』は、種々の検査成績や症状から総合的に判定できるものと思われるが、『その機能の不可逆性』を判定できる検査法がまだ見出されていない。したがって脳死の判定にあたっては、脳機能喪失が判定されてからの時間的要因が重要視されなければならないわけである。」（藤森聞一「半田肇『脳死』における基礎的問題の研究報告」日本医事新報二五九二号（一九七三年）一五頁。その他、脳死およびその判定法については、植木幸明「死の判定について」順天堂医学一六巻一号（一九七〇年）一一二頁以下、金川琢雄「脳死と法」法学セミナー一九八四年八月号二二頁以下、左利厚生「神田啓子「脳死判定の最近の動向」ICUとCCU四巻（一九八〇年）一一四三頁以下、竹内一夫「脳死」のメモ」脳神経外科一一巻九号（一九八三年）八九五頁以下、宮崎雄二外「脳死判定法の提唱」日本医事新報二三七八号（一九六九年）八頁以下、竹内一夫外「脳波による生死の判定」内科二三巻五号（一九六九年）八〇八頁以下参照。）

四 法律學上の知見

(一) 従来の學說

従来、刑法解釈學における死の定義として、①心臓の拍動が永久的に停止したときとする脈拍終止説(宮本、安平、斉藤(金)、熊倉、瀧川・竹内)、②呼吸が永久的に停止したときとする呼吸終止説(大場)、③生活能力が終わったときとする生活能力終止説(泉二、小泉)、④生活現象が全部的に断絶したときとする生活現象終止説(旧植松)、および、⑤心臓の拍動、自発呼吸の不可逆的停止と瞳孔反射の消失を総合して判断していこうとする三徴候説(総合判断説)が主張されており、三徴候説が通説であった。

この三徴候説は、最も古典的で、医学実務において一般に承認されてきた死の認定方法に従うもので、最も認定しやすく、わかりやすい定義を提供している。この説の特色は、既に述べた通り、心拍動の停止により心臓循環系の機能停止を見、呼吸停止により呼吸系の機能停止を見、瞳孔散大により脳機能停止を見、総合的な観点から、有機体としての個体の全体的死を認定しようとするもので、可逆性の余地も極めて小さく、生命の全体性をマクロ的に把える基準ともいえる。

ところが、前述した通り、人工的な生命維持装置の開発・進

歩、臓器移植の領域からの問題提起により、刑法學上の死の定義も新たな局面を迎えている。ここに登場したのが、脳死説および二元説である。

(二) 脳死説

1 内容

大脳半球のみならず、脳幹部を含めた全脳髓の不可逆的損傷の状態をもって人の死とするのが脳死説である。

例えば、「脳死説の現状は、結局、脳幹の機能の停止を手がかりとして自発呼吸や反射の喪失の不可逆的であることを確認し、それによって、たとえ心臓の搏動は自律性を維持していても、死を判定できることを認めてよいとするものにはかならない。したがって、それは死について三徴候説とは異質ならえかたをしているわけではないのである」(植松正「死の判定に関する脳死説への一寄与」団藤古稀一卷(一九八三年)三六八頁)、「現在では、これ(死亡・引用者)について、脳波の(一定期間の)停止をもって死亡の判定基準とすることが提案されている。私は、このような方向に賛成である」(加藤一郎「心臓移植手術をめぐる問題点」ジュリスト四〇七号(一九六八年)六六頁。なお、六六―七頁も参照)、「人の『死』の概念としては、人の生命の中樞は脳であり、脳の機能が不可逆的にとまったときに人の『死』があるとする脳死説が基本的には妥

当なものだともわれる」（齊藤（誠）「刑法における死の概念と人工蘇生術の中断」『法律のひろば』三〇巻五号（一九七七年）六二頁）、および、「脳幹の死あるいは脳幹を含む脳全体の死をいう」脳死をもって死とする見解が妥当だと思われる（平野龍一「刑法における『出生』と『死亡』」（二）警察研究五一卷一号（一九八〇年）三—五頁参照）、とする。

2 根拠

脳死説の根拠を端的に述べれば、次の通りである。

①脳は生命の中核であり、個性の座であり、人間の器官の中でただ一つとりかえのできない器官であることが明確にされてきたこと。つまり、個体としての人を人として特徴づけているのは脳であり、心臓、肺臓等をとりかえてもその人自身であるが、脳の場合はそれが妥当しないこと。

②脳は人間の生命の座、個性の座であるのに対し、従来重要視されてきた心臓は、単に血液を全身に循環させる器官にすぎず、（一時的にも）人工的に代行できる循環器官にすぎないこと。

③脳死によって人間の個体としての死は必発であること。

④従来の三徴候による死の認定の中にも、既に脳死の観念が入りこんでいると考えられること。つまり、三徴候のうち、とりわけ瞳孔散大（対光反射消失）は大脳神経細胞の機能停止な

いし脳機能停止を確認するための主徴であり、その意味でそこには既に脳死概念に親しむ考え方が導入されていると考えられること。

3 特色

ここで、脳死説の特色を指摘しておきたい。

①この説は、死は一つの過程（線）であるとの観念を経て生じた考え方であると思われる。死の定義に関する従来の学説は、死をいわば即時的に転移する点として構成しており、これは法律的概念構成に親しむ方法である。しかし、死という生物現象を医学的に観察すると、それは継起的過程として生じている。その過程のうちどの時点を死と認定するかは、極論すれば決断の問題である。この点、脳死説の論者は、前述した根拠をもとに、脳幹を含めた脳全体の死をもって人の死と考えたわけである。「細胞レベルでとらえれば、その細胞の属する個体の死は、点すなわち一瞬ではなく、線すなわちかなりの時間的継続を要する現象である」（植松）とか、「生から死への過程は時間的に幅のあるものであるから」（加藤（一）「生命倫理と法」法協百年論集一卷（一九八三年）六八九頁）とか、「死亡も、出生と同じように生理的な現象であり、かつ一つの過程である」（平野）、あるいは、「医学的には、人の死は、ある一つのきまった点ではなくて、かなり長い時間的なひろがりをもった

生命現象の停止のプロセスだと考えられてきている」(斎藤(誠))という、脳死説論者の認識は、正にそのことを物語っているといえよう。

②脳死説は、脳という臓器レベルの死をもって人の個体レベルの死とするもので、死の局部化、死のミクロ化の傾向をもつ考え方といえる。

③また、脳死説は、生物学的概念構成を重視する考え方である。つまり、医学界での知見を尊重し、散えて法律的概念構成の独自性を強調しようとはしないのである。この点は、例えば、「要するに、死は生物学的事実であるから、生物学的・医学的概念を尊重したい。ここに医学追認の思想的根拠がある」(植松)、あるいは、「法律学でいう人の『死』の概念は、……法的な概念である。ただ、どういう条件があるときに人が死んだと認定しないしは判定の規準をしめすことは、法律学のすることではなくて医学の領域に属することである」(斎藤(誠))という叙述によくあらわれている。

④さらに、脳死説は、絶対的概念、単一概念として死の概念を提示している。つまり、死の定義・概念を領域に応じて相対化したり、複数の死概念を提唱したりはしていないのである。「ことさらに死の概念を二元的にすることもまた妥当とは思われない」(平野)とか、「要するに死亡の判定方法はいろいろあ

りえても、死亡の定義は一つでなければならないのである」(加藤(一))との主張は、正にその点を裏づけるものである。

(三) 二元説

1 根拠

①この二元説は、法律的概念構成における相対化の考え方を正面からうち出したものである。この点は、咽孝一教授がつとに指摘されるところである。

法律的概念構成は、法分野、生活領域の特殊性に応じた目的論的解釈により相対化される場合がある。例えば、人の始期たる「出生」の意義について、民法の分野では全部露出説が有力に主張され、刑法の分野では一部露出説が主張される。これは、民法の分野では権利能力の発生時期の確定という考慮がなされ、刑法の分野では殺人罪の保護法益としての人の生命はいつから発生し、墮胎罪とどの時点で区別されるのかという考慮がなされており、目的に応じて概念構成が異なっているからである。また、同じ人の生命でも、刑法では安楽死に違法性阻却事由としての性格を認めることによって、病苦のみを背負った短い生命と病苦の除去との比較衡量を肯定しており、生命さえも相対化を認めるような概念構成がとられている。さらに、囑託・承諾殺人罪(刑法二〇二条後段)につき違法性減少を肯定

する説は、被殺者の囑託・承諾の存在が殺害行為の違法性の程度を減弱させることを認めているのであり、これは結局のところ、自己の生命への執着を失い、その生命を処分しようとする者の生命は、その要保護性の程度が低下し、したがって、処罰の必要性が減弱することを認めていることになる。したがって、ここでも法律的概念構成における相対化が行われており、生命の相対化がなされているのである。

二元説は、正にこうした法律的概念構成における相対化を肯認するものである。

②また、二元説は、死を継起的過程として把握する観点を經て形成された考え方といえるであろう。この点は、脳死説について述べたことと同様のことが妥当する。しかも、生物学的概念構成を法律的概念にとり込み、一定の目的（例えば臓器移植）のためには異なる死の概念があってもよいと考えるわけである。

2 凍結された囑説

α期説と通称される囑孝一教授の所説（囑孝一「心臓移植への法的提言」朝日ジャーナル一〇巻三号（一九六八年）一八頁以下、同「死の認定」一九六八年一〇月七・八日付朝日新聞夕刊参照）については、周知の通り、その後幾たびか囑教授自身が凍結を表明しておられる（例えば、囑「死の『定義』と死の

『認定』順天堂医学一六巻一号（一九七〇年）一〇三頁以下、同「死亡」と『死体』についての覚え書⁽¹⁾）ジュリスト四八三号（一九七一年）一〇九頁以下、同「脳死と民法（上）」ジュリスト八二八号（一九八五年）五七頁以下参照）。その意味で、本報告で再び囑説を紹介することは囑教授に対し礼を失することになるのかもしれない。しかし、理論的に成り立ちうる説であり、また、検討すべき諸点も多く内包する説と考え、散えて紹介させていただく。教授の御寛恕を切望する次第です。

さて、この凍結された囑説は、囑教授自ら認めておられるように、第一に、点ではなく線としての生死の推移という自然的事実に密接に即応して定立された考え方である。前述した通り、生死は全面的に即時転換するものではなく、部分死の継起的生起であるとし、線としての生死の推移の観念を法学的概念構成の中に反映させようとするのである。第二に、この説は、人為的評価概念の相対化を肯認するものである。つまり、人為的評価概念としての死の概念も、別に固定的・絶対的に把える必要はなく、目的に応じて相対的に把握すればよいとして、死の概念の相対化を認めるわけである。

凍結された囑説は、脳死から心臓死にいたるまでの期間を生と死との間、つまり、α期間と名づけ、生体的色彩と死体的色彩とを併わせ考慮した、特殊な法的評価と調整による中間期間

と特徴づけ、その間に行われる心臓移植にふさわしい特殊の法規制を考究していこうとするのである。そして、 α 期間内で心臓摘出を行うための要件として、唄教授は次のものを掲げている。

① α 期間に入る前に、本人が自己の心臓を提供することを自発的・積極的に申し出ること。

② その具体的な実施の際に近親者（本人と精神的共同関係にある人）の承認をうること。

このような要件を要求することによって、唄教授は、概念の相対化に安全装置を付し、野放図の相対化とは一線を画そうとし、生命の絶対性という従来の観念に一定の配慮を示そうとしたわけである。

3 金沢（文）説

金沢教授は、場合を三つに分けて考察する。

① 「もし、新しい死の定義として脳死を法律に規定するとなら、すべての場合に妥当する死の定義の形をとるよりも、むしろ、人工蘇生状態にある患者や移植のための臓器剔出に關してのみ脳死を死と認め」、「その他の一般の場合には、従来どおり古典的な死の定義が通用する」とされる。

② として、「法が制定されるまでは従来の定義に従うべきこと」とになるが、「脳に回復不可能な損傷を生じ脳死の状態にな

っている場合に人工心肺を止めることも不作為による安楽死として適法とされるのではないかと思われる」とされる。

③ さらに、心臓移植の場合には、「死が確実に人間的生命としての価値がほとんど失なわれ、ただ死の正確な時点だけが問題となっている瀕死者であること、心臓移植が他の患者の生命を救う唯一の方法であることなどが本人の承諾と組み合わせられた場合には正しい目的のための適当な手段として超法規的に違法性が阻却される可能性も考えられる」とされる。

この金沢説も、いわば二元的な死の定義を認めるのであるが、この点を金沢教授は、「死の定義も、他の法概念と同じく、相対的なものであって、法の目的に応じて異って差支えないのである」と主張しておられる。また、金沢説に特徴的なのは、従来の死の定義は「一種の慣習法」として妥当しており、「新しい定義はこの慣習法を改正して新しい規範を制定するという意味をもつのである」から、「もし早急に新しい定義を必要とするならば、それは立法による以外にない」という認識を前提にしている点である（以上、金沢文雄「死の判定をめぐって」判例タイムズ二三三三三（一九六九年）二頁以下参照。宮沢浩一「諸沢英道「臓器移植をめぐる刑法上の諸問題」法律のひろば二三巻五号（一九七〇年）一四頁以下も同旨」。

五 結 語——死の概念の段階的諸相——

さて、最後に、残された課題——死の法的概念を論議するための段階的諸相を分析すること——を検討しなければならぬ。これは、死の法的概念を考察するにあたって論議する必要がある段階的論点ともいべきものである（唄孝一『脳死論』の当面する諸問題「自由と正義三四卷七号（一九八三年）一四頁以下、金川琢雄「脳死と法」法学セミナー一九八四年八月号二二頁以下参照）。

1 生死の推移

①既に述べた通り、生から死への移行は、生物学的には漸時的な過程として生じている。こうした現実を法的にどう概念構成するかは、また別の次元の問題である。線として推移する自然的事実に対応した継起過程として構成するのか、それとも、あくまでも即時に転換する点として構成するのか、がここでの問題である。

②法的な概念構成の基底の問題として、生から死への継起過程のうち、ミクロ的な部分死（臓器死）を主徴とすることで満足するのか、それとも、マクロ的な全体死（個体死）を探究しようとするのか、の問題がある。これは、いわば細胞レベルの死、臓器レベルの死、および、個体レベルの死という「死のレ

ベル」の問題との関連で法的な死の概念をどう構成していくのか、という問題でもある。

2 死の概念構成

③法的な死の概念の構成方法として、医学上の知見を基礎に生物学的概念を尊重して構成するのか、それとも、評価概念としての法的概念の独自性を重視して構成するのか、はたまた国民の総意を前提にして社会的意味を汲んで構成するのか、という問題がある。

④死の概念構成の性質として、絶対的概念として構成するのか、相対的概念として構成するのか、という問題がある。すなわち、死の定義、その裏面としての生命について、いかなる価値ないし利益との比較衡量も許さない、絶対不可侵の神聖な価値と性格づけるのか、それとも、場合によっては譲歩すべきときもある、比較衡量を許す相対的な価値と性格づけるのか、という問題である。

⑤死の概念の単複の問題として、単一概念として構成すべきなのか、それとも、複数概念として構成しうるのか、という問題がある。法的な死の概念を絶対的概念として構成するときには、単一概念が提出され、相対的概念として構成するときには、複数概念が提出される傾向にはある。しかし、それは必ずしも論理必然性のあることではなく、死を相対的概念としつつ

單一概念を提示することは、論理的に十分可能であるように思われる。その意味で両者は別の次元に属する問題といえよう。

3 死の認定

⑥既に指摘されているように、死の定義ないし基準とは何かという問題と、それをどのような資料をもって認定するのかという認定方法ないし判定方法の問題とは区別されなければならない。

4 立法の要否

⑦死の定義・概念およびその認定方法について、立法措置により解決すべきか、それとも、散えて立法をするのは賢明ではないのか、という問題がある。立法必要論と不要論の問題である。

一九八三年四月に、厚生省は「生命と倫理に関する懇談」を発会させ、その議事録を公表した（同省医務局編『生命と倫理に関する懇談』（一九八三年））。また、同省は、「脳死に関する研究班」（主任研究者＝竹内一夫教授）を設け、一九八四年九月に、半年間にわたる大がかりな実態調査の結果の概要をまとめ、新しい脳死判定基準を近くまとめる予定であることが報じられている。脳死問題の今後の行方にとって注目される。

（関 哲夫）